

LIBRO HOMENAJE DEL ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR LOS

100 años de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

César Landa (editor)

Capítulo 7

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

LIBRO HOMENAJE DEL ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR LOS

100 años de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica del Perú

LIBRO HOMENAJE DEL ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL POR LOS

100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

DEPARTAMENTO
ACADÉMICO DE
DERECHO

CENTRO DE
INVESTIGACIÓN,
CAPACITACIÓN Y
ASESORÍA JURÍDICA (CICAJ)



PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

Iván Meini Méndez

Director del CICAJ-DAD

David Lovatón Palacios

Consejo Directivo del CICAJ

Leysser León Hilario

Betzabé Marciani Burgos

Iván Meini Méndez

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Ximena Vinatea Sifuentes

Enzo Dunayevich Morales

Larissa Donayre Serpa

Genesis Mendoza Lazo

Libro homenaje del Área de derecho constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
César Landa (editor)

Imagen de cubierta: Justicia/www.freepik.es

Primera edición: Octubre 2019

Tiraje: 500 ejemplares

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (51-1) 626-2000, anexos 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Thaïs Luksic y Mercedes Dioses

Impresión: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Teléf.: (51-1) 332-3229
Octubre 2019

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2019-16064
ISBN: 978-612-47151-6-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

FAMILIA Y CONSTITUCIÓN: REFLEXIONES DESDE EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO¹

Beatriz Ramirez Huaroto²

Introducción

La constitucionalización de las distintas áreas del derecho es un fenómeno presente en la cultura jurídica; el Derecho Privado no ha sido ajeno a esa tendencia. Con el carácter vinculante de los preceptos constitucionales en el Estado Constitucional de Derecho, derivado de la legitimidad de las constituciones como normas democráticas supremas con carácter vinculante para la ciudadanía y todos los poderes públicos, el Derecho Privado ha visto renovados sus fundamentos (Favoreu, 2001, pp. 40-42).

El Derecho de Familia, como parte tradicional del Derecho Privado, se ha visto también marcado por esta renovación, y el presente trabajo destaca el paso al Estado Constitucional de Derecho que le sirve de marco, describe las consecuencias del influjo de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, revisa los cambios en la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional, y analiza las repercusiones del proceso de constitucionalización para una distinta aproximación a esta tradicional rama jurídica.

El Paso del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho como Marco

El proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico hunde sus raíces en el pase del Estado Legislativo de Derecho al Estado Constitucional del Derecho (Zagrebel'sky, 2011, pp. 33-41). El punto de quiebre fue la Segunda Guerra Mundial que marcó el pase en el derecho europeo —y posteriormente latinoamericano— de constituciones entendidas solamente como normas políticas a constituciones normativas acompañadas del control constitucional de las leyes (Ferrajoli, 2001, p. 31).

Se trata de un proceso que ha producido importantes cambios en la cultura jurídica (Pietro Sanchís, 2004, p. 47). Implica la conjugación de rasgos centrales de las tradiciones

1 Trabajo presentado en las V Jornadas Latinoamericanas de Derechos Fundamentales de la Red Interamericana sobre Derechos Fundamentales y Democracia (RED-IDD), realizadas en Santiago de Chile, del 16 al 18 de octubre de 2018. Es una versión revisada del avance de investigación de la autora, presentado en el primer semestre del doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Algunas partes de este trabajo también recogen lo desarrollado en Ramírez Huaroto, 2013.

2 Profesora del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada, Magistra en Derecho Constitucional y doctoranda por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Experta en Estudios de Género por la misma casa de estudios.

jurídicas europea, continental y anglosajona: de la primera se ha seguido la apuesta por textos constitucionales, con un amplio catálogo de normas sustantivas con vocación de condicionar el gobierno y el ejercicio parlamentario; de la segunda se retoma la idea de supremacía constitucional frente a otras normas y su garantía jurisdiccional (Pietro Sanchís, 2004, pp. 48-49; 2007, pp. 111-113).

El estado legislativo de derecho se afianzó de la mano del principio de legalidad como principio de validez jurídica, independientemente de su contenido material, lo que suponía que las normas fueran emitidas por una autoridad dotada, debidamente, con la competencia para ello (Favoreu, 2001, p. 43). La autoridad de la fuente de producción era el centro de la validez; remontando a la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, la forma de los actos normativos era el centro del paradigma jurídico del estado legal de derecho (Zagrebelsky, 2011, pp. 22-27).

Por el contrario, en el Estado Constitucional de Derecho, el cambio de paradigma se da por medio de la subordinación del principio de legalidad a constituciones “jerárquicamente supraordenadas a las leyes, como normas de reconocimiento de su validez” (Ferrajoli, 2001, p. 34). Como norma de reconocimiento se entiende a las pautas que regulan la creación, reconocimiento, cambio y adjudicación del derecho, las que establecen los criterios por los cuales una comunidad puede calificar una regla social como una jurídicamente vinculante y exigible ante los tribunales si es incumplida por la ciudadanía (Hart, 1980, p. 8).

Con ello cambian las condiciones de validez de las normas, la que no es solo dependiente de su forma de producción, sino de su coherencia con los principios de la Constitución (Ferrajoli, 2001, p. 34). La Constitución impone a la producción legislativa prohibiciones y obligaciones de contenido correlativas a los derechos, las mismas que deben ser observadas bajo mandato de ser corregidas en caso contrario (Ferrajoli, 2001, p. 34). Esto supone un avance respecto del positivismo jurídico porque “el derecho no es ya solo el derecho puesto por la autoridad, sino una creación humana cuyo sentido es el de satisfacer ciertos valores que se plasman en los derechos fundamentales” (Atienza, 2014, p. 14).

Aunque en el Estado Legislativo de Derecho haya tenido presencia una Constitución, en el sentido positivista del término, en el Estado Constitucional de Derecho hay una Constitución que “pretende cumplir funciones normativas ex ante, pretende fundar o refundar la identificación, unidad y permanencia de un sistema jurídico-político y lo hace determinando qué va a contar (hacia el futuro) como fundamental en ese sistema” (Aguiló, 2001, p. 442). El Estado Constitucional tiene una Constitución que “además de una dimensión constitutiva tiene una dimensión valorativa” pues reconoce estados de cosas como valiosos, merecedores de protección y promoción (Aguiló, 2001, pp. 445-446). Los Estados Constitucionales tienen una Constitución que responde a la “limitación del poder político y la garantía de los derechos”, y que es practicada (Aguiló, 2001, pp. 450-452).

Por tanto, con el paso del Estado Legislativo al Estado Constitucional se afirma una concepción de Constitución que incorpora elementos formales y materiales. Eso implica que tiene como rasgos esenciales que se trata de una “norma jurídica suprema de Estado, que garantiza la separación de poderes, el principio democrático y los derechos fundamentales” (Díaz Revorio, 2017, p. 83). Y es ese texto el que vincula a los poderes públicos con carácter general en un doble sentido: “de manera negativa, en tanto que no pueden transgredir sus preceptos, pero también de forma positiva, ya que los textos contienen una serie de mandatos de actuación, e incluso más allá de los mandatos concretos, los poderes públicos deben hacer

realidad los valores y principios constitucionales” (Díaz Revorio, 2017, p. 85). En cuanto a las personas individualmente consideradas, aunque parte de los preceptos constitucionales no les aplican porque “van dirigidos expresamente a los poderes públicos [...] considerada globalmente la Constitución actúa como límite negativo” para la ciudadanía (Díaz Revorio, 2017, p. 86).

Así, las Constituciones, en un Estado Constitucional de Derecho, tienen un fuerte contenido normativo, es decir que, además de regular las fuentes del Derecho y la organización del poder, generan derechos exigibles directamente; además, tienen garantía jurisdiccional, lo que implica que existen mecanismos procesales para controlar la efectividad de las disposiciones constitucionales (Pietro Sanchís, 2007, pp. 114-117).

La consideración de las Constituciones como normas políticas supremas de los ordenamientos jurídicos nacionales ha tenido lugar también junto con el cambio en “los derechos públicos subjetivos del Estado liberal que se transforman en derechos fundamentales” (Landa, 2013, p. 14). En un constitucionalismo de los derechos —expresión más acabada de un Estado Constitucional de Derecho—, los derechos “son normas supremas, efectivas y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas en toda interpretación y aplicación del derecho” (Pietro Sanchís, 2004, p. 50). Aunque la fuerza normativa de los derechos fundamentales se adecúa a la forma en que se han positivizado y a los alcances interpretativos dados por la jurisdicción constitucional, el paradigma del Estado Constitucional de Derecho es que se trata de normas aplicables y vinculantes (Carbonell y Sánchez, 2011, p. 35).

Los derechos fundamentales tienen en el ordenamiento jurídico de cada país el rango máximo por estar contenidos en la Constitución, la máxima fuerza jurídica en el sentido de que vinculan a todo el Estado y la sociedad, la máxima importancia porque deciden sobre la estructura básica de las sociedades, y la mayor indeterminación porque están sujetos a la interpretación (Alexy, 2003, pp. 32-37).

La primacía de los derechos en el constitucionalismo supone algunos rasgos distintivos. El primero, es la superación de la división clásica entre derechos de libertad y sociales para enfatizar que todos los derechos exigen acción de los poderes públicos (Ansuátegui, 2006, p. 334). El segundo, un concepto de personas situadas “en función de las posiciones sociales que ocupan”, lo que implica que se les dé un trato específico de acuerdo con estas condiciones (Ansuátegui, 2006, p. 334). El tercero es que solo las pretensiones con estrecha vinculación a los valores relacionados con la dignidad humana tienen la protección específica reconocida a los derechos (Ansuátegui, 2006, p. 334). El cuarto rasgo es la inclusión de contenidos morales específicos y determinados, a la par de los mecanismos formales y estructurales; los derechos representan “un mínimo moral común y compartido que constituye el núcleo de la ética pública que se asume como base para construir un determinado modelo jurídico-político” (Ansuátegui, 2006, pp. 334-335). El último rasgo es la tensión entre los derechos y las decisiones mayoritarias, propia de los sistemas democráticos en los que las limitaciones exigen una justificación para encontrar un equilibrio “entre razón y voluntad” (Ansuátegui, 2006, pp. 334-335).

El carácter vinculante de la Constitución impone deberes no solo a los poderes públicos, sino a la ciudadanía de tal forma que todos y todas “tienen el deber de cumplirla y defenderla” (Landa, 2013, p. 14). Es la fuente suprema del derecho e irradia a todo el ordenamiento jurídico de tal forma que “se extiende a todas las ramas del derecho, siendo sus principios y disposiciones de alcance general, es decir, aplicables no solo al ámbito del ordenamiento

jurídico público, sino también privado” (Landa, 2013, p. 14-15). El rasgo distintivo del Estado Constitucional de Derecho es que el carácter vinculante de la Constitución tiene un control jurisdiccional que incluye a los tribunales constitucionales, pero que no se agota en estos, y que alcanza la labor legislativa y todos los poderes públicos y privados (Pietro Sanchís, 2007, p. 114).

El Proceso de Constitucionalización del Derecho

La constitucionalización supone un cambio “en el centro de gravedad del orden jurídico” (Favoreu, 2001, p. 43). Se define como constitucionalización, el proceso de transformación de un ordenamiento jurídico que lo convierte en “totalmente impregnado por las normas constitucionales” (Guastini, 2003, p. 49). Presupone una Constitución normativa que es “capaz de condicionar tanto la legislación, la jurisprudencia y la [doctrina], la acción de los/[as] actores políticos, así como las relaciones sociales” (Guastini, 2003, p. 49).

La constitucionalización supone la limitación del poder, y es parte de una “filosofía política que hunde sus raíces en la Ilustración”, con un entramado de factores jurídicos, políticos y morales detrás (Ansuátegui, 2006, pp. 332-333). En lo jurídico supone un modelo de Constitución con vocación limitativa de poder (Ansuátegui, 2006, p. 333). En lo político supone un modelo democrático como “sistema de adopción de decisiones colectivas configurado a través de la regla de las mayorías en contextos que aseguran la participación”, y en el que se decide “quién manda”, “cómo se manda” y “qué se manda” (Ansuátegui, 2006, p. 333). Y en lo moral, supone valores, principios y derechos que plasman una concepción a ser asumida en su conjunto por los sistemas jurídicos, una moralidad antropocéntrica “a partir de la cual el derecho y el Estado—o, mejor dicho, cualquier organización política—adquieren una naturaleza instrumental y artificial, careciendo de fines propios y autónomos” (Ansuátegui, 2006, p. 333).

Varios rasgos pueden definir si un determinado ordenamiento está constitucionalizado, lo que según Guastini “es una cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado” (2003, p. 50). Para este autor, son condiciones centrales del proceso de constitucionalización tanto la existencia de una Constitución rígida —es decir, que esté protegida contra los cambios por parte de la legislación ordinaria mediante un procedimiento especial para su derogación o modificación—, como la garantía jurisdiccional de la Constitución que puede hacerse según varios modelos: control previo o posterior, control concreto o en abstracto, a cargo de órganos jurisdiccionales ordinarios o especializados (2003, pp. 50-52).

Sobre lo último cabe hacer una precisión. Si bien la constitucionalización supone la emisión de normas constitucionales por la emisión de jurisprudencia sobre derechos fundamentales, no se trata de un proceso vinculado necesariamente a la posibilidad de que las personas puedan acceder a la justicia constitucional, rasgo que no está presente en todos los ordenamientos (Favoreu, 2001, p. 33). Es el desarrollo de la justicia constitucional y su difusión en el ordenamiento jurídico lo que marca el proceso de constitucionalización; esto último es la consecuencia de que se considere a la Constitución como “una regla de derecho” y de la imposición general de las decisiones de los órganos jurisdiccionales constitucionales (Favoreu, 2001, pp. 33-34).

Otros rasgos del proceso de constitucionalización, estrechamente relacionados entre sí, son la fuerza vinculante de la Constitución, independientemente de su estructura o contenido normativo; la “sobreinterpretación” de la Constitución” que implica que las juezas y jueces interpreten la misma de forma extensiva; “y la aplicación directa de las normas constitucionales” frente a las relaciones sociales cuando las controversias no puedan ser resueltas conforme a ley por vacío o inconformidad de la misma con el ordenamiento valorativo constitucional (Guastini, 2003, pp. 53-56).

Por último, son rasgos del paso al Estado Constitucional de Derecho la interpretación de las leyes conforme, adecuada o armonizada con la Constitución, lo que implica que frente a una múltiple posibilidad de significados de una ley se elija el que evite contradicciones con el texto constitucional; así como “la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas”, que supone que los conflictos políticos puedan ser resueltos por órganos jurisdiccionales recurriendo a normas constitucionales, que es posible que los órganos jurisdiccionales controlen la discrecionalidad política y que las normas constitucionales puedan ser usadas en la argumentación política para justificar acciones y decisiones (Guastini, 2003, pp. 56-58).

Además de ser un proceso, la constitucionalización puede valorarse como resultado, un *statu quo* en el que en los ordenamientos se conjugan valores, así como elementos culturales y normativos en torno a la Constitución (Alvites, 2018, p. 365). Implica un estado en el que se asegure la garantía de los derechos fundamentales con la existencia de un gobierno limitado bajo el principio de separación de poderes, que excluye toda forma de gobierno autoritario, un resultado esquivo aún a varios países, incluido Perú (Alvites, 2018, pp. 366, 385).

Lo que implica que “en todo el ordenamiento jurídico impere el ethos que prevé [el texto] constitucional”, la realización de los valores que le dan sentido; lo que supone que no se limita a un sentido negativo, sino que orienta en sentido positivo la labor social, administrativa, legislativa y jurisdiccional en general: en cualquier operación jurídica sobre casos concretos de la esfera pública y privada deben hacerse efectivos los mandatos constitucionales (Carbonell y Sánchez, 2011, pp. 39-40).

La constitucionalización como proceso genera efectos directos e indirectos que están vinculados entre sí. Entre los efectos directos tenemos, en primer lugar, que se juridifica el Derecho Constitucional Institucional, lo que implica que “la política es tomada por el derecho” en tanto las normas que rigen los órganos de poder, su modo de designación, sus competencias y sus relaciones recíprocas son regidas por reglas jurídicas, controlables desde esta esfera (Favoreu, 2001, p. 39). En segundo lugar, se cambia el sistema de fuentes del derecho que deja de ser esencialmente legislativo (Favoreu, 2001, pp. 39-40). Por último, hay un efecto transformador en el contenido del derecho, pues se producen cambios en las distintas ramas del derecho, y se renuevan todas las instituciones jurídicas (Favoreu, 2001, p. 40).

En el último sentido expuesto es que se hace referencia a la constitucionalización como proceso y como resultado (Favoreu, 2001, p. 40). Así, la constitucionalización “actualiza las categorías jurídicas de las distintas áreas del derecho, dándoles dinamismo a partir de las cláusulas abiertas de la Constitución” (Alvites, 2018, p. 365).

Los efectos indirectos de la constitucionalización interactúan con los anteriores. El primero es la modernización del derecho que tiende al liberalismo porque las transformaciones se orientan hacia la protección de los derechos fundamentales, particularmente, a concretar el

principio de igualdad (Favoreu, 2001, p. 41). El segundo es el favorecimiento de la unificación del ordenamiento jurídico, pues las normas constitucionales se constituyen en fundamento de las distintas ramas del derecho, desplazando los principios generales, lo que tiene implicancias en la relativización de la distinción clásica entre el Derecho Público y el Derecho Privado (Favoreu, 2001, pp. 41-42). En tercer lugar, se simplifica el orden jurídico, de tal manera que se clarifica la jerarquía de las normas internas y sus mecanismos de control: la Constitución en el nivel más alto, a la que se subordinan los principios generales del derecho (Favoreu, 2001, pp. 42-43).

Es interesante que se anote que un obstáculo para el avance de los procesos de constitucionalización en los ordenamientos jurídicos es “la ignorancia en la cual se encuentran los que practican el derecho [...] en cuanto a la existencia de un increíble arsenal o tranque de recursos constitucionales por invocar y aplicar” (Favoreu, 2001, p. 38). La ausencia general de abogadas y abogados en la comunidad jurídica, incluyendo de quienes conforman el sistema de justicia, de lo que Favoreu denomina el “reflejo constitucional”, que supone el recurso para incorporar aspectos constitucionales en cualquier materia de análisis, es una de las razones por las cuales aún sigue primando en el ejercicio ordinario del derecho, un formalismo legalista (Favoreu, 2001, pp. 38-39). La formación y la cultura jurídica aún siguen *legiscentradas* (Favoreu, 2001, p. 43). Esto es particularmente agudo en el Derecho Familiar en el que, como herencia del enfoque positivizado en el proceso codificador, aún prima una práctica legislativa ajena a las transformaciones del influjo constitucional.

La Relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional

Hesse anotaba en 1988 que las vinculaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado habían sido escasamente tratadas y, por ello, este autor presentó una perspectiva histórica del desarrollo de las relaciones entre ambos (1995, pp. 31-32). Aunque su caracterización se hizo en el contexto alemán, sus rasgos descriptivos interpelan otras realidades.

Este autor destaca que, en las primeras constituciones modernas, los derechos fundamentales de libertad e igualdad eran centrales y que eso coexistió con las primeras codificaciones del Derecho Privado que descansaban en esos valores. Hesse anota, en el paradigma del Estado Legislativo de Derecho, que las Constituciones estaban lejos de asumir una función de guía pionera para propiciar una nueva configuración del Derecho Privado pues carecían de una eficacia vinculante. “Los derechos fundamentales no estaban en condiciones de garantizar una ordenación jurídica existente frente al legislador [lo que] hubiera presupuesto una primacía de la Constitución” que a esa fecha no era parte del paradigma jurídico (Hesse, 1995, pp. 33-36).

En conexión con lo anterior, el Derecho Privado tenía una legitimidad propia basada en la consideración de que se trataba del “baluarte de la libertad” dentro de la conciencia jurídica histórica. El Derecho Privado se desarrolló regulando “las relaciones entre los particulares desde el punto de vista de la libertad individual, al margen de las relaciones políticas y las constituciones”, mientras que “el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria”, pues se le concebía como un “Derecho al margen e independiente del Estado” (Hesse, 1995, pp. 37-38).

Al ser el Derecho Privado el marco que normaba las relaciones entre las personas, era el referente jurídico privilegiado porque regulaba “la libertad de los particulares para disponer de un espacio propio sin intromisiones del Estado”, una libertad en sentido negativo (Hesse,

1995, p. 39). La relación de influencia no era del Derecho Constitucional al Derecho Privado, sino en sentido contrario, lo que para Hesse se encuentra evidenciado en el pensamiento de los juristas de la época y en la formación del positivismo formalista con los valores del Derecho Privado (Hesse, 1995, pp. 39-45).

La aparición en los textos constitucionales, como el de Weimar, de disposiciones expresas sobre temas clásicos de Derecho Privado como la familia, el matrimonio, la patria potestad y la igualdad entre hijas o hijos, independientemente de su origen matrimonial o no, marcó una nueva etapa en la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado. Sin embargo, mientras la Constitución siguió siendo considerada como un conjunto de normas programáticas, estas disposiciones constitucionales se valoraron como guías programáticas que no fundamentaban en estricto ningún derecho subjetivo (Hesse, 1995, pp. 48-49).

El cambio fundamental en la relación se dio solo cuando, a la par de las disposiciones específicas sobre temas de Derecho Privado en los textos constitucionales, se impuso la primacía de la Constitución, la aplicación inmediata de sus disposiciones y la existencia “de una jurisdicción constitucional dotada de amplias competencias para controlar cada acto de poder público, y así también las leyes y las resoluciones judiciales por su compatibilidad con la Ley Fundamental” (Hesse, 1995, pp. 54-55). Todo esto es parte del cambio del paradigma del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho al que se hizo alusión en el apartado previo de este trabajo.

La consideración “de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores” ha supuesto un cambio en el Derecho Privado. El sistema de valores que suponen los derechos fundamentales “debe regir en todos los ámbitos del derecho: la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulsos”. Eso implica que el Derecho Constitucional se sobrepone al Derecho Privado que antes era quien “en solitario” determinaba “la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de los conflictos jurídicos”. Esto sucede, aunque la textura de los derechos fundamentales sea la de principios amplios e indeterminados, “cuyo significado para el caso concreto siempre será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado”, marcadas por “la claridad y la certeza jurídicas necesarias para el tráfico jurídico privado” (Hesse, 1995, pp. 57-60).

Hesse resaltaba que la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, junto con otros factores como la delimitación del Derecho Constitucional frente al derecho ordinario, así como el control constitucional de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, habían tenido grandes implicancias prácticas en la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado (Hesse, 1995, pp. 31-32). El primero de los tópicos ha merecido escasa atención en el Perú.

El debate acerca de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales se inscribe en el marco más amplio de las discusiones acerca de la definición de estos (Julio Estrada, 2000, p. 20). Ante la insuficiencia de la perspectiva liberal de los derechos fundamentales, en Alemania, durante la República de Weimar, se impulsó un proceso de transformación conceptual a favor de la superación de los límites propios de la concepción de los derechos públicos subjetivos (Julio Estrada, 2000, p. 58; De Vega, 2003, pp. 31-37; Ferreres Comella, 2003, pp. 41-44). En la Constitución de Bonn se reconoció la doble cualificación de los derechos fundamentales: tanto como derechos subjetivos de libertad, como en su dimensión de normas objetivas de principio que tienen valor para todos los ámbitos del derecho. Sobre esa base, a mediados de

la década de 1950, se inició una discusión doctrinal intensa sobre los derechos fundamentales y allí se dio el debate sobre la eficacia de estos derechos ante actores no estatales, a la par que las discusiones sobre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y el deber estatal de protección (Julio Estrada, 2000, pp. 65-67, 72).

La doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales supera la consideración de la Constitución como el estatuto jurídico del Estado en contraposición, no en complementariedad, con el Código Civil que era tenido como el cuerpo normativo del ámbito de lo privado, el que regulaba “un complejo de relaciones entre seres libres, autónomos e iguales, que contemplaban su normativa como la mejor tutela y amparo de la libertad de los hombres” (Julio Estrada, 2000, p. 15; De Vega, 2003, p. 31).

De esta manera, si bien el obligado principal de los derechos fundamentales es el Estado, “dicha vinculación resulta insuficiente para asegurar el disfrute de los bienes *iusfundamentalmente* consagrados, pues estos pueden resultar menoscabados no solo por el Estado, sino por los titulares del poder económico y social, y aun por los simples particulares” (Julio Estrada, 2000, p. 87). No es entonces el Estado el único obligado con los derechos fundamentales, “sino que [estos] despliegan sus efectos en las relaciones entre particulares” (Julio Estrada, 2000, p. 87).

El origen histórico de la vinculación frente a terceros está en la Alemania de la posguerra, y su primera concreción jurisprudencial se dio en un caso en el que se debatía si a la cláusula constitucional de igualdad entre hombres y mujeres le correspondía la igualdad salarial por el mismo trabajo. En su concepción queda en evidencia que la finalidad de la teoría era contrarrestar los efectos de legisladores o legisladoras perezosas y, por tanto, tenía impregnado el “cuño ideológico” de “favorecer el activismo judicial para procurar la realización efectiva de la Constitución” (Julio Estrada, 2000, pp. 92-95). Al respecto, se han planteado posiciones contrarias y favorables y, dentro de estas últimas, hay partidarios tanto de la eficacia horizontal directa o inmediata como de la eficacia horizontal indirecta o mediata de los derechos fundamentales.

En cuanto a quienes, estando de acuerdo con la eficacia horizontal de los derechos, la entienden en sentidos distintos, hay dos posiciones. La posición de la eficacia directa sostiene el “efecto directamente normativo de algunas disposiciones jurídico-fundamentales como derecho constitucional objetivo vinculante” (Julio Estrada, 2000, pp. 103-104). Las principales críticas de esta vertiente se asientan en los recortes a la autonomía privada y en la flexibilización de la seguridad jurídica en los contratos pactados de acuerdo con las formalidades legales (Julio Estrada, 2000, pp. 116-122; De Vega, 2003, pp. 10-41).

La posición de la eficacia indirecta implica considerar que la intensidad protectora de los derechos fundamentales es diferente, según esté dirigida contra el Estado o contra terceros; esto porque en el derecho privado la autonomía privada opera como limitante (Julio Estrada, 2000, pp. 110). Desde esta posición se considera entonces que para la realización de los derechos fundamentales en el derecho privado debe incorporarse su contenido en los conceptos y cláusulas tradicionales de esta rama jurídica legal (Julio Estrada, 2000, pp. 110-111; De Vega, 2003, pp. 34-37). Las cláusulas generales tradicionales como las buenas costumbres, la buena fe y otras similares “actuarían como puntos de irrupción, como puntos de entrada de los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado” legal (Julio Estrada, 2000, p. 111). Las críticas a esta posición se fundan en que precisamente disminuye la fuerza

vinculante de los derechos fundamentales en el ámbito privado, reconociéndoles sólo fuerza operativa mediata. Se afirma además que existe una contradicción interna, pues esta posición no puede establecer la relación entre los derechos fundamentales y las cláusulas generales del ordenamiento privado: o los primeros solo sirven para dar contenido a las cláusulas o las segundas no tienen eficacia en sí mismas, pues carecen de contenido propio ya que solo operan como normas de referencias que en cada ocasión deberán “ser colmadas por el contenido específico del derecho fundamental” legal (Julio Estrada, 2000, pp. 122-124; De Vega, 2003, p. 40; Jana Linetzky, 2003, pp. 60-63).

En general, entre las mayores críticas esgrimidas contra la eficacia horizontal de los derechos está que la autonomía privada/libertad individual sufre reducciones; que conlleva que en las causas civiles se acuda a posiciones jurídicas *iusfundamentales* en lugar de invocar el ordenamiento del Derecho Privado y, finalmente, el dilema se enmarca en la controversia sobre los límites funcionales entre las y los legisladoras/es democráticos y la jurisprudencia constitucional (Julio Estrada, 2000, pp. 96-101). Se ha señalado además que el riesgo de error en la regulación de conflictos entre particulares es mínimo, pues el Estado actúa como ente imparcial en tanto que sus intereses no están en juego, lo que haría innecesaria la extensión de los derechos fundamentales a este campo y, por último, que la teoría implica una afectación a la seguridad jurídica que es un valor constitucional protegido (Ferrerres Comella, 2003, pp. 45-52).

Se ha anotado también que la división entre eficacia mediata e inmediata es poco adecuada, pues la eficacia se determina partiendo “del contenido específico, de la esencia y de la función del derecho fundamental concreto, más exactamente de las proposiciones judiciales particulares derivadas del derecho fundamental en nuestra comunidad actual”; es esto lo que posibilitaría “alcanzar una solución razonable en cada caso concreto” (Starck, 2002, pp. 66, 68).

En este trabajo se sostiene una posición favorable a la eficacia directa de los derechos fundamentales, considerando que existen “derechos en cuyos ámbitos de actuación la intervención del Estado es limitada y cuyas lesiones provienen básicamente de la actuación de los particulares” y “que existen derechos fundamentales cuyas posibles colisiones solo son pensables en las relaciones entre particulares” (De Vega, 2003, p. 38). Es cierto que los derechos fundamentales en la mayoría de Constituciones regulan la relación entre la ciudadanía y el Estado, pero ello no supone dejar de considerar que existen “problemas de libertad y de igualdad [entre] los ciudadanos entre sí, especialmente bajo el punto de vista de la diferencia de sexos y del distinto poder social” (Starck, 2002, p. 73).

En ese sentido, hay que tener presente que:

la eficacia de los derechos y libertades frente a terceros tiene naturalmente límites, dada la diversa estructura normativa de los derechos fundamentales y las disposiciones del Derecho privado, así como de la antinomia entre los mismos, el problema se plantea en saber cómo y en qué medida ejercen esta influencia (Landa, 2010, p. 31).

En base a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales el Poder Legislativo debe realizar, en primer término, los deberes específicos de protección e igualdad que se derivan de los derechos fundamentales (Starck, 2002, pp. 78-79). Eso no se contradice con que juezas y jueces deban “argumentar a partir de las normas de derecho privado”, pero leídas desde la Constitución; asimismo, las y los legisladoras/es están llamados a legislar atendiendo a “los conflictos de derechos e intereses que subyacen a la horizontalidad” (Jana Linetzky, 2003, p. 67).

Hoy es parte del paradigma que los derechos fundamentales, y también los derechos humanos, impactan en el Derecho Privado bajo el influjo de la constitucionalización del Derecho Privado (Favoreu, 2001, pp. 32, 39-43). Se ha documentado en los últimos años cómo las constituciones nacionales impactan crecientemente en los ordenamientos jurídico-privados, que ya no pueden concebirse como órdenes autosuficientes, sino más bien vinculados a un orden superior. El sometimiento del Derecho Privado a exámenes de constitucionalidad es “la expresión [...] de un [nuevo] sistema de valores que debe ser integrado a esta rama jurídica tradicional (Micklitz, 2014, p. 1). Por eso se afirma que la constitucionalización tiende “a borrar la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado” (Favoreu, 2001, p. 32).

La constitucionalización ha delineado la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional. Tres décadas atrás, Hesse vislumbró las necesarias transformaciones en ambas ramas para que se delimite su complementariedad. El Derecho Constitucional, por su parte, tiene respecto del Derecho Privado funciones de garantía porque brinda condiciones para la efectividad real de los institutos jurídicos privados y los protege de la acción de la legislación (Hesse, 1995, p. 83). Tiene también funciones de orientación en tanto la amplitud de las normas constitucionales se adapta mejor a las transformaciones sociales que dejan desfasada a la legislación privada y, de esa manera, es un medio para su desarrollo y porque complementa su sentido que “ya no solo atiende a la autodeterminación individual, sino también a la justicia social”, “desde una ética individual de la voluntad y la libertad a una ética social de la responsabilidad solidaria” (Hesse, 1995, pp. 84-85). Por último, tiene funciones de impulso en tanto que da un marco para los nuevos componentes del Derecho Privado, promoviendo una “cierta concordancia objetiva entre el orden del Estado social de Derecho y el contenido del ordenamiento jurídico privado” (Hesse, 1995, p. 85).

La eficacia jurídica de los derechos fundamentales en el Derecho Privado tiene también consecuencias procesales e institucionales considerables en el Estado de Derecho, pues supone que sería posible “una relación de concurrencia entre el Tribunal Constitucional y los Tribunales ordinarios [a lo que] solo puede llegarse en los países en que el Tribunal Constitucional decide recursos de amparo contra sentencias judiciales en última instancia” (Starck, 2002, pp. 75-77). Cuando se permite el control constitucional de sentencias de tribunales ordinarios, se “tiene que pensar desde la Constitución, es decir, desde su carácter marco”, lo que redibuja las relaciones entre legislación y jurisdicción, y el rol propio de la justicia en un Estado de Derecho. Para Starck, la concurrencia implica que en una sede constitucional se controlen solo las interpretaciones judiciales erróneas de las leyes en contradicción con la Constitución, y que se considere que, ante leyes relativamente indeterminadas, la justicia “tiene más libertad para adaptar la decisión final al caso concreto” en el marco de la Constitución (2002, p. 78).

Las Repercusiones de la Constitucionalización del Derecho de Familia

La familia es una institución social histórica que tiene su fundamento “en necesidades humanas universales de base biológica: la sexualidad, la reproducción y la subsistencia cotidiana”; engloba “relaciones de producción, reproducción y distribución, con su propia estructura de poder y fuertes componentes ideológicos y afectivos” (Jelin, 2007, p. 95). Aunque ha estado presente a lo largo de la historia humana y ha sido regulada como parte en el Derecho Privado, su incorporación en el Derecho Constitucional fue tardía.

El concepto de familia ha estado sometido a diferentes factores que han marcado su transformación. La evolución social sobre las uniones entre las personas ha transformado las relaciones familiares tradicionales; el influjo de la evolución poblacional basado en la prolongación de la vida humana y los cambios en el comportamiento reproductivo ha generado la coexistencia de varias generaciones, modificando sus relaciones; los cambios en la división sexual del trabajo y la visibilización de la violencia en el ámbito privado han transformado las relaciones intrafamiliares; los factores políticos, económicos y sociales han fomentado la migración fragmentando las unidades familiares (Jelin, 2007, pp. 101-113).

La evolución jurídica de la familia ha variado también porque el orden jurídico ha cambiado su horizonte. El cambio del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derecho, con la consiguiente transformación de la relación entre el Derecho Privado y el Derecho Constitucional, que se ha expuesto previamente, ha tenido profundas repercusiones en el Derecho de Familia.

Bajo el paradigma de que los derechos eran fundamentales, pertenecían exclusivamente al Derecho Público, el campo del Derecho Privado quedaba exclusivamente regulado por el Código Civil de forma que el ordenamiento se presentaba dividido en dos campos: el de las personas frente al Estado y el de las relaciones sociales autorreguladas con base en la autonomía de la voluntad y sobre la asunción de que todas las personas eran iguales. No obstante, con el cambio de paradigma se “ha propiciado un diálogo fluido entre lo público y lo privado, entre las normas constitucionales y las de Derecho privado y se ha dado paso a un ‘Derecho Privado Constitucional’ o un ‘Derecho Civil constitucionalizado’”. Es en ese marco que se desarrolla la constitucionalización del Derecho de Familia. Han sido las posturas horizontalistas directas respecto de la eficacia de los derechos fundamentales las que han fundamentado la aplicación de los derechos fundamentales de las personas en el ámbito familiar y han propiciado la renovación de esta rama jurídica” (Gil *et al.*, 2006, pp. 2-4).

Los valores y principios constitucionales plasmados en derechos han influenciado el Derecho de Familia porque en este ámbito “se dilucidan cuestiones que tocan muy directamente a los bienes protegidos por ellos, cuya eficacia está por encima de cualquier otro interés que se pueda predicar de la familia o familias”. Así cobran especial trascendencia la igualdad y la libertad personal que propician posibilidades de transformación, de forma que el Derecho responda a las necesidades reales de las personas (Valpuesta, 2012, p. 108).

Parafraseando a Aída Kemelmajer de Carlucci, el Derecho de Familia se ha transformado porque no hay una persona que sea ciudadano/a bajo el Derecho Constitucional y que, completamente aparte, sea el *pater familia* sujeto al Derecho Privado. Las familias, por su presencia o ausencia, son parte esencial de las vidas de las personas (Gil *et al.*, 2006, p. 7). Un enfoque centrado en las personas ha contribuido a redefinir las esferas de lo público y lo privado, cuestionando las divisiones sociales de género, edad y otras jerarquizaciones que tradicionalmente han marcado ambos espacios; ese énfasis en las personas ha permitido centrar que son ellas las titulares de derechos y que son ellas las que “se mueve[n] tanto en la esfera pública como en la privada”, que “pasa[n] del patio a la plaza, de la alcoba al parlamento” (Rábago, 2008, pp. 1, 24-25). Esto ha redefinido la labor de los Estados a través del Derecho porque se requiere que el discurso de los derechos permee tanto la esfera pública, como la privada, frente a las diferencias de poder presentes en ambas (Rábago, 2008, p. 25)

Una primera línea de influencia fue la incorporación de contenidos que pertenecían al Derecho Privado en los textos constitucionales, por la influencia del Derecho Romano en su conformación;

allí se incluye las disposiciones constitucionales sobre el derecho al nombre, los derechos de las mujeres, derechos de la infancia, derecho al matrimonio, derecho a las uniones de hechos, derechos vinculados a la determinación de la filiación y a las responsabilidades parentales. Sin embargo, en general, las distintas disposiciones constitucionales afectan varias áreas del mundo jurídico y eso tiene repercusiones en las relaciones familiares (Gil *et al.*, 2006, p. 5).

Sobre la evolución social de las familias cabe anotar que esto tiene como correlato la redefinición del *concepto constitucional de familia*. En el Derecho Privado tradicional se definió la familia como la vinculación entre personas por el parentesco o el matrimonio. Sin embargo, desde el siglo XX existe una crisis en el modelo tradicional de familia, “el tipo de familia patriarcal, marcada por la desigualdad, la subordinación al padre y definida en su inicio por la unión conyugal o matrimonio” (Melgar, 2016, pp. 100-101). A la luz de las disposiciones constitucionales e internacionales, esa definición requiere una redefinición “desde el pluralismo y la tolerancia”. Así, el concepto constitucional de familia estaría dado actualmente por “la existencia de un vínculo afectivo perdurable que diseña un proyecto biográfico conjunto en los aspectos materiales y afectivos”. Este “concepto constitucional de familia” tiene como consecuencia que en el Derecho Privado ordinario deba reconocerse un “piso mínimo de protección” (Gil *et al.*, 2006, pp. 70-76). El discurso de los derechos para todas las personas, propio del constitucionalismo, “ha revitalizado, en el ámbito secular, al matrimonio y la familia, cuestionados como instituciones opresivas” y hoy el derecho tiene el reto de la “resignificación y reconfiguración de la familia desde la igualdad para todos sus integrantes”, así como la “construcción de formas de convivencia basadas en el reconocimiento de los derechos de todos sus integrantes” (Melgar, 2016, p. 102).

Aunque las familias responden a condicionamientos económicos, sociales y culturales, el derecho también ha jugado, y sigue teniendo, un rol en su definición. En esa medida es que se pone en cuestión la existencia de “un concepto prejurídico de familia” (Roca, 1999, p. 39; Valpuesta, 2012, p. 107), una tipología de familia “natural” que deba ser tomada como referencia por el derecho y reforzada por su valor normativo. El paradigma de la protección jurídica debería apuntar a la multiplicidad de formas familiares existentes. Las familias son una entidad “sociocultural fruto de la interacción de diversos factores que repercuten en su estructura y composición, y” han experimentado grandes transformaciones en la historia; sus nuevas tendencias reclaman reconocimiento jurídico (Gil *et al.*, 2006, p. 56). Las familias han evolucionado en su extensión cuantitativa, en el sustrato del lazo o ligamen entre sus integrantes, trascendiendo el tradicional parentesco, y en la premisa que les da origen, pues ya no solo se trata del matrimonio (Aguado, 2012, p. 85).

En el paradigma actual del Estado Constitucional de Derecho, las familias son una institución instrumental, en tanto su finalidad esencial es facilitar a sus integrantes el ejercicio de sus derechos fundamentales. No deberían ser consideradas como sujetos colectivos independientes de sus miembros y, por tanto, titulares de derechos fundamentales en sí mismos, al margen de sus integrantes. En ese sentido no hay derechos de “la familia”, sino derechos en las relaciones familiares (Roca, 1999, pp. 62-64, 75-80). En ese sentido, el ámbito de las relaciones familiares está llamado a ser permeado por el discurso de los derechos fundamentales, lo que se refuerza con la constatación de que en las relaciones familiares se aprecian también relaciones de desigualdad y existen sujetos/as vulnerables.

Las normas constitucionales se aplican y deben ser garantizadas a todas/os las/los integrantes de los grupos familiares porque cada una/o es persona y titular de derechos

fundamentales. Se protege entonces a las personas en sus relaciones familiares y ese es el fundamento de los “derechos familiares” si cabe hablar de tales (Gil *et al.*, 2006, pp. 76-77). El Derecho de Familia no puede incidir negativamente en la individualidad de sus integrantes por “exigencia de la institución familiar” (Aguado, 2012, p. 83). En la esfera familiar se juega la efectividad de los derechos fundamentales y la división privado-público inoperativiza su eficacia entre las/los integrantes de la familia y la posible reivindicación de estos (Olsen, 1999, pp. 416-442). La familia debe ser una “sociedad abierta” porque es una comunidad en la que madura la personalidad de sus integrantes y en esa tarea actúa el Estado (Roca, 1999, p. 66).

La protección de las personas debe tomar en cuenta si están insertas en un grupo familiar, pues las familias deben ser el “medio protector de los derechos de los individuos que forman parte de ella” (Roca, 2006, p. 208). El mandato constitucional de protección de la familia le da a las/los integrantes “un plus respecto de la protección de la que gozan los sujetos individualmente considerados”, pero “la singularidad de la propia persona no queda anulada por la pertenencia a una familia”. De este modo, las familias han de “concebirse al servicio de sus componentes, y no a la inversa” (Aguado, 2012, p. 83).

Un aporte importante en la transformación del Derecho Familiar ha sido el proceso de internacionalización: “los derechos humanos tienen en la actualidad un papel expansivo” y en el ámbito de las relaciones familiares han tenido un fuerte impacto constituyéndose “en el principal motor de la evolución del Derecho de Familia” (Gil *et al.*, 2006, p. 5). En este plano hay una relación bidireccional: lo internacional ha influido en la transformación del Derecho Familiar, pero también “la familia ha entrado en el ámbito de los derechos humanos, modificando sustancialmente su naturaleza jurídica” (Acosta, 2007, p. 201). Sobre lo primero, los derechos reconocidos tradicionalmente en el catálogo de derechos han desplegado su efectividad al campo de las relaciones familiares a través de la jurisprudencia internacional; eso está presente en el ámbito europeo (Gil *et al.*, 2006, pp. 7-9), como interamericano (Ramírez, 2018, pp. 325-334). Asimismo, no solo las constituciones, sino también las normas del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos han incorporado a sus textos numerosas normativas que antes se reputaban del Derecho Privado” (Gil *et al.*, 2006, p. 5).

El régimen jurídico de la familia se ha ubicado tradicionalmente en el Derecho Privado, más concretamente en el Derecho Civil. Las reglas establecidas para las familias provienen del derecho romano, “se consolidaron en el Código Napoleónico de 1804 y proyectaron su concepción hacia todos los sistemas jurídicos de América Latina” (Acosta, 2007, p. 203). No obstante, las presiones sociales, asociadas originalmente al reconocimiento jurídico de los derechos de las mujeres, promovieron cambios legislativos no solo en los códigos civiles, sino que irrumpieron en otras ramas del derecho (Acosta, 2007, p. 201). Además, con el influjo de la constitucionalización y la internacionalización, “se ha desbordado” para “conformar un Derecho de Familia de mayor complejidad en lo que respecta a sus fuentes y contenidos” (Valpuesta, 2012, p. 107). Por la centralidad de los derechos fundamentales en las relaciones familiares, producto del proceso de constitucionalización, es posible cuestionar su adscripción al Derecho Privado, lo que es un tema abierto al debate.

Por un lado, se sostiene que aún, en la actualidad, “el Derecho de Familia es Derecho Privado pues recae sobre las relaciones en las que se proyectan aspectos de la personalidad y se involucran intereses íntimos que tienen mucho que ver con el desenvolvimiento presente y futuro de sus protagonistas, además de la dimensión patrimonial que tienen estas relaciones”

(Valpuesta, 2012, p. 119). Así, la definición del Derecho de Familia como parte del Derecho Privado se basa en que regula un “ámbito de relaciones entre personas que actúan desde su autonomía de decisión”, aunque se reconoce que ello “presenta algunas especificidades que se justifican por la materia sobre la que recae” (Valpuesta, 2012, p. 120).

Por otro lado, se sostiene que en el Derecho de Familia debería darse una resistencia a la privatización, pues recurrir al discurso del Derecho Privado es engañoso y peligroso para la defensa de derechos (Atkin, 2015). En esa medida, esta rama jurídica debería articularse a la defensa de los derechos fundamentales de la autodeterminación y la igualdad sustantiva; su regulación debería orientarse a ser un marco de interacción favorable a la autodeterminación personal indispensable para una sociedad en la que las personas son agentes libres e iguales (Dagan y Dorfman, 2016). Una visión de este tipo permitiría visualizar con mayor claridad también el rol estatal subyacente a su materia, así como abordar las cuestiones distributivas de esta rama jurídica (Leckey, 2007).

El marco constitucional e internacional revisado da pie a un cuestionamiento de la pertenencia del Derecho de Familia al Derecho Privado, pero la profundización de esas consideraciones excede la materia del presente trabajo.

A Modo de Conclusión

Con el cambio del paradigma al Estado Constitucional de Derecho se ha reformulado la concepción del Derecho en sí mismo y de lo que entiende por “tener una Constitución”. Se superó también la separación estricta entre el Estado y la sociedad para pasar a una comprensión omnicompreensiva y no separada por esferas de la realidad humana, lo que tuvo grandes implicancias en las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, y particularmente en el Derecho de Familia.

El proceso de constitucionalización ha conllevado, de la mano de la fuerza normativa de la Constitución y su control jurisdiccional, que los derechos fundamentales sean considerados como los parámetros objetivos de todas las ramas jurídicas, transformando el Derecho de Familia. Junto con las transformaciones sociales y poblacionales de las conformaciones familiares, así como con las reivindicaciones sociales para una mayor igualdad en el campo familiar, se ha concretado un cambio de paradigma por el que las personas como tales, y no la agrupación familiar o las instituciones familiares en abstracto, son el centro de la regulación jurídica. No obstante, en el contexto peruano, la legislación en Derecho de Familia no se ha modificado en lo sustancial; la doctrina mayoritaria aún no acompaña la radicalidad de la transformación que se impone desde el proceso de constitucionalización; y, en lo cotidiano, no existe una masiva conciencia de este cambio de paradigma.

Es en las familias donde “se viven” los derechos. Problematizar su definición en el derecho es parte de la agenda propia de un Estado Constitucional. Los desarrollos doctrinarios deben apuntar a destacar las transformaciones que se imponen desde una mirada que busque hacer reales los principios de igualdad y libertad como parte del común ético moral sobre el que se asientan nuestras democracias; a ese rumbo se encamina este trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Vargas, G. (2007). Cambios legislativos en la formación y disolución de familias: una mirada de contexto. En ARRIAGADA, I. (coord.), *Familias y políticas públicas en América Latina: una historia de desencuentros* (pp. 201-210). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Aguado Renedo, C. (2012). Familia, matrimonio y Constitución española. En DÍEZ PICASSO GIMÉNEZ, G., *Derecho de Familia*. Navarra: Aranzadi, Tomo I, 77-103.
- Aguiló Regla, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (24), 429-457.
- Alexy, R. (2003). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En CARBONELL SÁNCHEZ, M. (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*, (pp. 31-48). Madrid: Trotta.
- Alvites, E. (2018). La constitucionalización del ordenamiento jurídico peruano: avances y obstáculos del proceso. *En Derecho PUCP*, (80), 361-390.
- Asuátegui Roig, F. J. (2006). Los derechos en el contexto contemporáneo. La constitucionalización. *En Ius et veritas*, (33), 332-339.
- ATIENZA, M. (2011). Dos versiones del constitucionalismo. *En Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 73-88.
- Atienza, M. (2014). Ni positivismo jurídico, ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *En Observatório da Jurisdição Constitucional*, Año 7(2), 1-24.
- Atkin, B. (2015). Controversial Changes to the Family Justice System in New Zealand: Is the Private Law/Public Law Division Still Useful?, *International Journal of Law, Policy and The Family*, (29), 183-204.
- Ballarín Iribarren, J. (1988). Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional). *En Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, (24), 283-318.
- Bayón, J. C. (1991). Derecho y razones para la acción. *En Doxa*, (10), 25-66.
- Carbonell Sánchez, M. y Sánchez GIL, R. A. (2011). ¿Qué es la constitucionalización del derecho?, *Quid Iuris*, (15), 33-55.
- Carrasco, M. A. (2013). *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia* (pp. 265-287). Lima: Gaceta Jurídica.

- Dagan, H. y A. Dorfman (2016). Just relationships. En *Columbia Law Review*, 116(6), 1395-1460.
- De Vega García, P. (2003). La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la Drittwirkung der Grundrechte). En *Pensamiento Constitucional*, 9(9), 25-43.
- Díaz Revorio, F. J. (2017). *Estado, Constitución, democracia. Tres conceptos que hay que actualizar*. Lima: Palestra.
- Favoreu, L. J. (2001). La constitucionalización del derecho. En *Revista de Derecho*, 12(1), 31-43.
- Ferrajoli, L. (2001). Pasado y futuro del Estado de derecho. En *Revista Internacional de Filosofía Política*, (17), 31-45.
- Ferreres Comella, V. (2003). La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares. En AA.VV., *Los derechos fundamentales*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 41-52.
- Gil Domínguez, A.; Fama, M. V. y M. Herrera (2006). *Derecho constitucional de familia*. Buenos Aires: Ediar, Tomo I.
- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico. El caso italiano. En Carbonell Sánchez, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 49-74.
- Hart, H. (1980). El nuevo desafío del positivismo jurídico. En *Sistema*, (36), 3-18.
- Hesse, K. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado* (Trad. e introd. de Ignacio Gutiérrez Gutiérrez). Madrid: Civitas.
- Jana Linetzky, A. (2003). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En AA.VV., *Los derechos fundamentales*, (pp. 53-70). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Jelin, E. (2007). Las familias latinoamericanas en el marco de las transformaciones globales. En Arriagada, I. (coord.), *Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros* (pp. 93-124). Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y el Caribe.
- Julio Estrada, A. (2000). *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Julio Estrada, A. (2007). Los tribunales constitucionales y la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales. En Carbonell Sánchez, M. (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, (pp. 121-158). Madrid: Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landa Arroyo, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36.

- Landa Arroyo, C. (2013b). Constitucionalización del derecho civil a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AA.VV., *Homenaje a Manuel de la Puente y Lavalle*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, Estudio Ehecopar, Tomo I, 65-85.
- Landa Arroyo, C. (2010): *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Leckey, R. (2007). Family Law as Fundamental Private Law. En *Canadian Bar Review/La Revue Du Barreau Canadien*, (86), 69-96.
- Melgar, L. (2016). Familias en resignificación continua. En MORENO, H. y E. ALCÁNTARA (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*. México D. F.: Programa Universitario de Estudios de Género de la Universidad Nacional Autónoma de México, I, 91-103.
- Micklitz, H.-W. (2014). Introduction. En *Constitutionalization of European Private Law* (pp. 1-25). Oxford: OUP.
- Olsen, F. (1999). El mito de la intervención del Estado en la familia. En FACIO, A. y L. FRIES (eds.), *Género y Derecho* (pp. 413-442). Santiago: American University, LOM Ediciones, La Morada.
- Pietro Sanchís, L. (2004). *El constitucionalismo de los derechos*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 24, (71), 47-72.
- Pietro Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Starck, C. (2002). Derechos Fundamentales y Derecho Privado. En *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 22, (66), 65-89.
- Rábago Dorbecker, M. (2008). Los conceptos de esfera pública y privada en el Derecho de Familia. En Cruz Parcero, J. A. y R. Vázquez (coords.), *Mujeres, familia y trabajo* (pp. 1-26). México D. F.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Editorial Fontamara.
- Ramírez Huaroto, B. (2013). Amores rotos, impactos diferentes. Reflexiones sobre las consecuencias patrimoniales del divorcio desde la perspectiva de género. En Torres Carrasco, M. A. (ed.), *El divorcio en la legislación, doctrina y jurisprudencia. Causales, proceso y garantías*. (pp. 265-287). Lima: Gaceta Jurídica.
- Ramírez Huaroto, B. (2018). Las familias desde los estándares de la jurisprudencia interamericana: una mirada comparada de la legislación argentina y peruana. En *Revista de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, (84), 317-339.
- Roca Trías, E. (1999). *Familia y cambio social. De la "casa" a la persona*. Madrid: Civitas Ediciones.

- Roca Trías, E. (2006). Familia y Constitución. En *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (10), 207-227.
- Valpuesta Fernández, R. (2012). El derecho de familia. En Díez Picasso Giménez, G., *Derecho de Familia*. Navarra: Aranzadi, Tomo I, 105-133.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Décima edición. Madrid: Trotta.